



**University of  
Zurich**<sup>UZH</sup>

**Zurich Open Repository and  
Archive**

University of Zurich  
University Library  
Strickhofstrasse 39  
CH-8057 Zurich  
[www.zora.uzh.ch](http://www.zora.uzh.ch)

---

Year: 2018

---

## **Die Justiz-Initiative: Besetzung des Bundesgerichts im Losverfahren?**

Glaser, Andreas

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-157349>

Journal Article

Published Version

Originally published at:

Glaser, Andreas (2018). Die Justiz-Initiative: Besetzung des Bundesgerichts im Losverfahren? Aktuelle Juristische Praxis (AJP), 2018(10):1251-1260.



## Die Justiz-Initiative: Besetzung des Bundesgerichts im Losverfahren?

1251

ANDREAS GLASER\*

Die Justiz-Initiative verlangt gemäss ihrem Titel in erster Linie die Bestimmung der Bundesrichterinnen und Bundesrichter im Losverfahren. Auf diese Weise soll die als Missstand empfundene Abhängigkeit der Mitglieder des Bundesgerichts von den politischen Parteien beseitigt werden. Eine genaue Untersuchung des Initiativtextes ergibt jedoch, dass das Losverfahren nur ein untergeordnetes Element im Rahmen eines technokratisch-elitär ausgerichteten Grundkonzepts der Initiative darstellt. Das Hauptanliegen der Initiative besteht danach in der Abschaffung der demokratischen Wahl durch das Parlament. Die Mitglieder des Bundesgerichts sollen neu durch eine vom Bundesrat einzusetzende Fachkommission bestimmt werden. Der Auswahlmechanismus erweist sich unter dem Gesichtspunkt der richterlichen Unabhängigkeit als prekär. Überdies wären die Fernwirkungen auf die nach republikanischen und demokratischen Grundsätzen funktionierende Gerichtsbarkeit nicht zu unterschätzen.

Conformément à son titre, l'initiative sur la justice exige principalement la désignation des juges fédéraux par tirage au sort. Cela permettrait d'éliminer la dépendance des membres du Tribunal fédéral vis-à-vis des partis politiques perçue comme abusive. Toutefois, une analyse approfondie du texte de l'initiative révèle que la procédure de tirage au sort n'est qu'un élément secondaire dans le cadre d'un concept de base technocratique-élitiste de l'initiative. L'objectif principal de l'initiative réside ensuite dans la suppression des élections démocratiques par le Parlement. Les membres du Tribunal fédéral doivent désormais être désignés par une commission spécialisée instituée par le Conseil fédéral. Le mécanisme de sélection s'avère précaire du point de vue de l'indépendance judiciaire. En outre, il ne faut pas sous-estimer les effets à long terme sur le pouvoir judiciaire qui fonctionne selon des principes républicains et démocratiques.

### Inhaltsübersicht

- I. Abhängigkeit von den politischen Parteien als vordringlicher Missstand
- II. Problembeund: Gefährdete Unabhängigkeit des Bundesgerichts
  - A. Abhängigkeit der Bundesrichter von den politischen Parteien als Ursache
    1. Erstmalige Wahl
    2. Erfordernis der Wiederwahl nach sechs Jahren
  - B. Kausalität für gefährdete richterliche Unabhängigkeit?
    1. Normative Vorgaben
    2. Wahrung der richterlichen Unabhängigkeit in der Staatspraxis
- III. Regelungen der Initiative
  - A. Grundsätzlich unbefristete Amtsdauer der Bundesrichterinnen
    1. Pensionierung fünf Jahre nach Erreichen des Rentenalters
    2. Amtsenthebungsverfahren als Kompensation
  - B. Auswahl der Bundesrichterinnen im Losverfahren
    1. Grundentscheidung: Losverfahren statt demokratischer Wahl
    2. Vorgaben für die Zulassung zum Losverfahren
    3. Zulassungsentscheidung durch Fachkommission
  - C. Übergangsbestimmung
- IV. Verfassungspolitische Würdigung
  - A. Das Losverfahren als Feigenblatt
  - B. Einschränkung der richterlichen Unabhängigkeit
  - C. Folgewirkungen auf die gesamte Gerichtsbarkeit
  - D. Institutionelle Kritik am Bundesgericht

### I. Abhängigkeit von den politischen Parteien als vordringlicher Missstand

Nach Abschluss der formellen Vorprüfung durch die Bundeskanzlei<sup>1</sup> können seit dem 15. Mai 2018 Unterschriften für die Eidgenössische Volksinitiative «Bestimmung der Bundesrichterinnen und Bundesrichter im Losverfahren (Justiz-Initiative)» gesammelt werden. Das Hauptziel der Initiative besteht gemäss dem Initiativkomitee darin, die Unabhängigkeit der Bundesrichterinnen und Bundesrichter von der Politik, insbesondere von den politischen Parteien, wiederherzustellen.<sup>2</sup> Entscheidend für die Auswahl der Bundesrichterinnen soll allein deren fachliche und persönliche Eignung sein, nicht aber die Parteizugehörigkeit einer Kandidatin. Dieses Ziel soll in erster Linie durch die Einführung eines Losverfahrens zur Bestimmung der Bundesrichterinnen und Bundesrichter erreicht werden. Zugleich soll die individuelle Amtszeit der Mitglieder des Gerichts bis zum Erreichen des Pensionsalters ausgedehnt werden. Flankiert würde diese Verlängerung der Amtszeit durch die Schaffung eines Abberufungsverfahrens. Alle Massnahmen seien demnach auf den vom Initiativkomitee identifizierten vordringlichen Missstand,

\* ANDREAS GLASER, Prof. Dr. iur., Professor für Staats-, Verwaltungs- und Europarecht unter besonderer Berücksichtigung von Demokratiefragen an der Universität Zürich, Vorsitzender der Direktion des Zentrums für Demokratie Aarau.

<sup>1</sup> Vgl. Eidgenössische Volksinitiative «Bestimmung der Bundesrichterinnen und Bundesrichter im Losverfahren (Justiz-Initiative)», Vorprüfung vom 1. Mai 2018, BBl 2018 2669.

<sup>2</sup> Siehe dazu und zu den weiteren zitierten Argumenten des Initiativkomitees: <https://www.justiz-initiative.ch/startseite.html> (Abruf 3.9.2018).

die Abhängigkeit der Mitglieder des Bundesgerichts von den politischen Parteien, ausgerichtet.

In diesem Beitrag soll zunächst die Stichhaltigkeit des der Volksinitiative zugrundeliegenden Problembefundes, nämlich die mangelnde Unabhängigkeit der Bundesrichter aufgrund ihrer Parteinähe, kritisch auf den Prüfstand gestellt werden (dazu II.). Darauf aufbauend werden die von der Initiative zur Behebung der angeblich bestehenden Mängel vorgeschlagenen Regelungen eingehend untersucht (dazu III.). Die mit der Initiative vorgeschlagene Kombinationslösung aus Verlängerung der Amtszeit und Bestimmung durch Los wird abschliessend einer verfassungspolitischen Würdigung unterzogen (siehe IV.).

## II. Problembefund: Gefährdete Unabhängigkeit des Bundesgerichts

### A. Abhängigkeit der Bundesrichter von den politischen Parteien als Ursache

#### 1. Erstmalige Wahl

Aus den Zielsetzungen des Initiativkomitees lässt sich zunächst der Vorwurf entnehmen, dass das Bundesgericht heute nicht hinreichend unabhängig von der Politik sei. Bundesrichtern und Bundesrichter könnten ihre Entscheide nicht frei von Interessenkonflikten und politischen Einflüssen fällen. Um in das Amt gewählt zu werden, müsse eine Person Mitglied einer Partei sein. Die Feststellung des Initiativkomitees, dass eine gewisse Abhängigkeit der Richterinnen und Richter von der Politik besteht, ist im Ausgangspunkt zutreffend. Jedenfalls um als Richterin oder Richter an das Bundesgericht gewählt zu werden, muss eine Person de facto Mitglied einer Partei sein.

Verfassungsrechtlich zwingend ist die Parteizugehörigkeit nach geltendem Recht indes nicht. Gemäss Art. 143 BV ist jeder Stimmberechtigte in das Bundesgericht wählbar.<sup>3</sup> Gewählt werden können somit jede Schweizerin und jeder Schweizer, die das 18. Altersjahr zurückgelegt haben und nicht wegen dauernder Urteilsunfähigkeit unter umfassender Beistandschaft stehen oder durch eine vorsorgebeauftragte Person vertreten werden.<sup>4</sup> Zusätzliche Voraussetzungen für die Auswahl der Richterinnen und Richter des Bundesgerichts finden sich im Gesetz nicht. Festgelegt sind einzig Unvereinbarkeiten, welche die Ausübung des Amtes hindern, aber kein Wähl-

barkeitshindernis darstellen.<sup>5</sup> So dürfen die Richterinnen und Richter beispielsweise nicht zugleich Mitglied des Parlaments<sup>6</sup> oder eines kantonalen Gerichts<sup>7</sup> sein.

In der Wahlpraxis haben sich daneben weitere massgebliche Kriterien etabliert, die keine ausdrückliche Erwähnung im Gesetz erfahren.<sup>8</sup> So achtet die Bundesversammlung auf die angemessene Vertretung der Sprachregionen.<sup>9</sup> Neben der kantonalen Herkunft und dem Geschlecht spielt vor allem die Parteizugehörigkeit der Kandidierenden die wichtigste Rolle, da die Bundesversammlung bei der Wahl einem freiwilligen Parteienproporz folgt.<sup>10</sup> Dies hat zur Folge, dass jedenfalls gegenwärtig die Zugehörigkeit zu einer politischen Partei eine faktische Wählbarkeitsvoraussetzung darstellt.<sup>11</sup> Regelmässig wird der als Kehrseite dieser Entwicklung eintretende Ausschluss parteiungebundener Bewerber moniert.<sup>12</sup> Der Ausgangsbefund der Volksinitiative einer vergleichsweise starken Abhängigkeit der Mitglieder des Bundesgerichts von den politischen Parteien basiert demnach auf einer zutreffenden Analyse der gegenwärtigen Rechtslage.

#### 2. Erfordernis der Wiederwahl nach sechs Jahren

Nach erfolgter Wahl, so das Initiativkomitee, seien die Bundesrichtern und Bundesrichter ebenfalls nicht hinreichend unabhängig von den politischen Parteien. So könne wegen des Wiederwählerfordernisses nach sechs Jahren weiterhin Druck auf sie ausgeübt werden. Auch dieser Ausgangsbefund erweist sich als bis zu einem gewissen Grad plausibel. Das Erfordernis der Wiederwahl der Bundesrichter wird denn auch aus rechtspolitischer

<sup>5</sup> GIOVANNI BIAGGINI, Kommentar Bundesverfassung, 2. A., Zürich 2017, Art. 144 BV N 3.

<sup>6</sup> Art. 144 Abs. 1 BV, Art. 6 Abs. 1 BGG.

<sup>7</sup> Art. 144 Abs. 2 BV, Art. 6 Abs. 4 Satz 1 BGG.

<sup>8</sup> Vgl. GIOVANNI BIAGGINI, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Schweiz, in: Armin von Bogdandy/Peter Michael Huber/Christoph Grabenwarter (Hrsg.), Handbuch Ius Publicum Europaeum, Band VI, München 2016, § 105 N 60.

<sup>9</sup> BSK BGG-KIENER, Art. 5 N 25, in: Marcel Alexander Niggli/Peter Uebachs/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Bundesgerichtsgesetz, Basler Kommentar, 2. A., Basel 2011 (zit. BSK BGG-Verfasser).

<sup>10</sup> Ausführlich DANIELA WÜTHRICH, Bedeutung der Parteizugehörigkeit bei den Bundesrichterwahlen, *Justice – Justiz – Giustizia* 2015, N 48 ff., 81 ff.

<sup>11</sup> REGINA KIENER, Richterliche Unabhängigkeit, Habil. Bern, Bern 2001, 269; ebenso STEPHAN GASS, Wie sollen Richterinnen und Richter gewählt werden?, *AJP* 2007, 593 ff., 603.

<sup>12</sup> NICCOLÒ RASELLI, Stärkung der richterlichen Unabhängigkeit, *Justice – Justiz – Giustizia* 2012, N 2.

<sup>3</sup> Siehe auch Art. 5 Abs. 2 BGG.

<sup>4</sup> Vgl. Art. 136 Abs. 1 Satz 1 BV, Art. 2 BPR.

Sicht mit Blick auf die richterliche Unabhängigkeit verbreitet als das Hauptproblem angesehen.<sup>13</sup>

So beträgt die Amtszeit der Richterinnen und Richter des Bundesgerichts nach geltendem Recht sechs Jahre (Art. 145 Satz 2 BV). Vor Beginn der neuen Amtsdauer findet jeweils die Gesamterneuerungswahl an das Bundesgericht statt (Art. 135 Abs. 1 ParlG).<sup>14</sup> Die Erneuerung geschieht entweder durch die Wiederwahl der sich erneut zur Verfügung stellenden Mitglieder oder, im Falle von Vakanzen oder der Abwahl eines Mitglieds, durch eine Ergänzungswahl (Art. 135 Abs. 2 ParlG). Die erneut kandidierenden Personen werden dadurch privilegiert, dass alle sich wieder zur Verfügung stellenden Mitglieder des Bundesgerichts auf einem Wahlzettel aufgeführt sind (Art. 136 Abs. 1 ParlG) und Kandidierende, welche das absolute Mehr im einzigen Wahlgang der Erneuerungswahl nicht erreichen, in der Ergänzungswahl nochmals antreten können (Art. 136 Abs. 3 Satz 2 ParlG). Letztlich ist aber eine Nichtwiederwahl ungeachtet der verfahrensrechtlichen Erschwerungen ohne weiteres zulässig.

Das System der periodischen Wiederwahl mit einer für oberste Gerichte vergleichsweise kurzen Amtsdauer von sechs Jahren steht in einem Spannungsverhältnis mit der richterlichen Unabhängigkeit.<sup>15</sup> Dies anerkennt auch das Bundesgericht.<sup>16</sup> So bestehe jedenfalls dem Anschein nach die Gefahr, dass sich die Rechtsprechung gerade in politisch heiklen und umstrittenen Fällen an den mutmasslichen Erwartungen der Wiederwahlbehörde ausrichte.<sup>17</sup> Die Bestätigungswahl kann gleichsam zu einer Entscheidung über die Rechtsprechung oder das Stimmverhalten eines einzelnen Richters werden.<sup>18</sup> Das Bundesgericht lässt es daher auf der kantonalen Ebene im Interesse der richterlichen Unabhängigkeit zu, dass bisherige

Richter bei der Gesamterneuerungswahl verfahrensrechtlich privilegiert werden, indem im ersten Wahlgang andere Kandidaturen ausgeschlossen sind und erst zugelassen werden, wenn das absolute Mehr verfehlt wird.<sup>19</sup>

Als Beleg für die angebliche Bedrohung der richterlichen Unabhängigkeit wird die in der Praxis verschiedentlich vorgekommene Differenzierung der Stimmzahlen bei der Wiederwahl und die damit verbundene Missfallenskundgebung seitens der Parlamentarier («Denkzettel») über in der Vergangenheit erlassene Urteile angesehen.<sup>20</sup> Kritik erfährt daneben die Einrichtung der Partei- oder Mandatssteuer, welche die Bundesrichterinnen an ihre Partei zu zahlen haben.<sup>21</sup> So empfiehlt die im Rahmen des Europarats wirkende GRECO der Schweiz, «die Praxis aufzugeben, wonach Richter der eidgenössischen Gerichte einen fixen oder prozentualen Anteil ihres Gehalts den politischen Parteien abgeben».<sup>22</sup> Der zweite der Initiative zugrunde liegende Ausgangsbefund, wonach das Wiederwählerfordernis nach sechs Jahren die Abhängigkeit der Bundesrichterinnen von den politischen Parteien potentiell verstärkt, ist somit im Grundsatz ebenfalls zutreffend.

## B. Kausalität für gefährdete richterliche Unabhängigkeit?

### 1. Normative Vorgaben

Im Anschluss an den Ausgangsbefund stellt sich die Frage, ob die Abhängigkeit der Mitglieder des Bundesgerichts von den politischen Parteien bei erstmaliger Wahl und bei Wiederwahl eine Gefährdung der richterlichen Unabhängigkeit bewirkt, wie dies das Initiativkomitee behauptet.

Ein Blick in die Bundesverfassung lässt diese Behauptung als fernliegend erscheinen. Gemäss Art. 191c BV sind die richterlichen Behörden und somit auch das Bundesgericht in ihrer rechtsprechenden Tätigkeit unabhängig und nur dem Recht verpflichtet. Diese objektiv-rechtliche Bestimmung wird zusätzlich grundrechtlich abgesichert. So hat jede Person, deren Sache in einem gerichtlichen Verfahren beurteilt werden muss, Anspruch auf ein unabhängiges Gericht (Art. 30 Abs. 1 Satz 1 BV). Würden die Wahl und die Wiederwahl des Bundesgerichts durch das Parlament nach dem Parteienschlüssel dessen Unabhän-

<sup>13</sup> BSK BV-MERKER/CONRADIN, Art. 168 N 37 m.w.N., in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (Hrsg.), Bundesverfassung, Basler Kommentar, Basel 2015 (zit. BSK BV-Verfasser); PASCAL MAHON/ROXANE SCHALLER, Le système de réélection des juges: évidence démocratique ou épée de Damoclès?, Justice – Justiz – Giustizia 2013, N 32.

<sup>14</sup> Siehe auch KATRIN MARTI, Art. 135 ParlG N 6, in: Martin Graf/Cornelia Theler/Moritz von Wyss (Hrsg.), Parlamentsrecht und Parlamentspraxis der Schweizerischen Bundesversammlung, Basel 2014.

<sup>15</sup> BIAGGINI (FN 5), Art. 188 BV N 13; ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER/DANIELA THURNHERR, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. A., Zürich 2016, N 1712a; KARL SPÜHLER, Der Richter und die Politik, ZBJV 1994, 28 ff., 33.

<sup>16</sup> BGE 143 I 211 E. 3.4.

<sup>17</sup> BGE 143 I 211 E. 3.4. So auch bereits REGINA KIENER, Das Bundesgericht und weitere richterliche Behörden, in: Giovanni Biaggini/Thomas Gächter/Regina Kiener (Hrsg.), Staatsrecht, 2. A., Zürich 2015, § 21 N 40.

<sup>18</sup> GASS (FN 11), AJP 2007, 606.

<sup>19</sup> BGE 143 I 211 E. 3.5.

<sup>20</sup> KIENER (FN 17), § 21 N 39; GEROLD STEINMANN, Denk-würdige Wiederwahl der Bundesrichterinnen und Bundesrichter, ZBl 2015, 1 f. Siehe zur internationalen Kritik GrecoEval 4Rep(2016)5, N 101.

<sup>21</sup> Dazu WÜTHRICH (FN 10), N 85 ff.

<sup>22</sup> GrecoEval 4Rep(2016)5, N 101.



gigkeit strukturell untergraben, müssten sich die beiden genannten Verfassungsbestimmungen als toter Buchstabe erweisen.

Das Bundesgericht hält vielmehr fest, dass die blosse Parteizugehörigkeit und die unter anderem aufgrund dieses Umstandes erfolgte Wahl an ein Gericht die richterliche Unabhängigkeit nicht beeinträchtigen.<sup>23</sup> Auch die Amtsdauer der Bundesrichter von sechs Jahren mit Wiederwahlmöglichkeit verletzt die richterliche Unabhängigkeit nicht, wobei insbesondere Zuwendungen von Richtern an politische Parteien für sich allein genommen die richterliche Unabhängigkeit nicht in Frage zu stellen vermögen.<sup>24</sup>

## 2. Wahrung der richterlichen Unabhängigkeit in der Staatspraxis

Diese normativen Annahmen des Bundesgerichts werden durch die Staatspraxis bestätigt, ist es doch auf Bundesebene noch nie zu einer Nichtwiederwahl aufgrund einer Beteiligung an einem bestimmten Urteil gekommen.<sup>25</sup> Seltene Nichtwiederwahlen gingen auf schwere Versäumnisse bei der Amtsführung oder private Verfehlungen zurück.<sup>26</sup> Umgekehrt ist bislang – ganz anders als in anderen europäischen Staaten – nicht bekannt geworden, dass ein Urteil des Bundesgerichts aufgrund politischer Einflussnahme ergangen wäre. Auch das Initiativkomitee bleibt konkrete Beispiele schuldig, anhand derer die angebliche politische Beeinflussung der Rechtsprechung aufgezeigt werden könnte. BERNHARD EHRENZELLER hält denn auch mit Blick auf das Spannungsfeld von demokratischer Legitimation und richterlicher Unabhängigkeit fest: «Beeinflussungsversuche der Politik auf die Justiz bedrohten unseren Rechtsstaat und die richterliche Unabhängigkeit somit bisher nicht ernsthaft.»<sup>27</sup>

Gewisse problematische Erscheinungsformen infolge der Parteizugehörigkeit der Mitglieder des Bundesgerichts wie die Mandatssteuern sind zwar geeignet, bei mit dem schweizerischen System wenig vertrauten Beobachtern den Anschein des Ämterkaufs und der Korruption zu

erwecken. Die abstrakte Gefahr der politischen Beeinflussung von Urteilsprüchen und damit der Bedrohung der richterlichen Unabhängigkeit wird indes durch die starke demokratische Legitimation der Gerichtsbarkeit erheblich relativiert.<sup>28</sup> Das Erfordernis der Wiederwahl führt zur stetigen Erneuerung der demokratischen Legitimation.<sup>29</sup> Zudem sichert die Wiederwahlbefugnis des Parlaments die Unabhängigkeit des einzelnen Richters gegenüber den Kolleginnen des eigenen Gerichts, da die relevanten Personalentscheidungen durch ein externes Gremium getroffen werden.<sup>30</sup>

Dass bei Wahl und Wiederwahl eine an der parteipolitischen Zusammensetzung des Parlaments orientierte Vergabe der Richterstellen vorgenommen wird, stärkt die demokratische Legitimation eher, als dass es sie schwächt, spiegelt der Parteienproporz doch die gesellschaftlichen Kräfte angemessen wider.<sup>31</sup> Der durch den Parteienproporz am Bundesgericht erzeugte Meinungspluralismus legitimiert dessen Rechtsprechung in besonderem Mass.<sup>32</sup> Denn auch die Rechtsprechung ist keine apolitische Institution.<sup>33</sup> So kann sich die politische Einstellung der Richterinnen und Richter bei entsprechenden Beurteilungsspielräumen regelmässig auch inhaltlich auf die Rechtsprechung auswirken.<sup>34</sup> Die parteipolitische Ausgewogenheit des Gerichts sichert so gesehen durch die gegenseitige Kontrolle die richterliche Unabhängigkeit.<sup>35</sup>

Tatsächlich entsprach die parteipolitische Zusammensetzung des Bundesgerichts über die Zeit gesehen, wenn auch mit einer gewissen zeitlichen Verzögerung, derjenigen der Bundesversammlung.<sup>36</sup> Weder bildete sich die Vormachtstellung einer Partei heraus, noch kam es zu Koalitions- oder Mehrheitsbildungen, die jeweils die politischen Machtverhältnisse am Bundesgericht verändert hätten.<sup>37</sup> Auch politische Minderheiten verfügten stets über

<sup>23</sup> BGer, 1B\_275/2018, 28.6.2018, E. 2.2.

<sup>24</sup> BGer, 1B\_275/2018, 28.6.2018, E. 3.4.

<sup>25</sup> MAHON/SCHALLER (FN 13), N 33.

<sup>26</sup> MARTIN KILLIAS, Sind Schweizer Richter korrupt? Wie ein demokratisches System diffamiert und demontiert wird, in: Universität Fernstudien Schweiz (Hrsg.), *Quid iuris?*, Bern 2015, 113 ff., 116.

<sup>27</sup> BERNHARD EHRENZELLER, Art. 168 BV N 23 (Hervorhebung im Original entfernt), in: Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), *Die schweizerische Bundesverfassung*, St. Galler Kommentar, 3. A., Zürich 2014 (zit. Verfasser, in: SG-Komm.). Siehe auch MAHON/SCHALLER (FN 13), N 34.

<sup>28</sup> KIENER (FN 17), § 21 N 26; BSK BV-MERKER/CONRADIN (FN 13), Art. 168 N 30; PIERRE TSCHANNEN, *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 4. A., Bern 2016, § 40 N 22.

<sup>29</sup> BGE 143 I 211 E. 3.4; KIENER (FN 11), 281.

<sup>30</sup> Prominent zu diesem Argument KILLIAS (FN 26), 118 f.

<sup>31</sup> EHRENZELLER, in: SG-Komm. (FN 27), Art. 168 BV N 15; RENÉ A. RHINOW/MARKUS SCHEFER/PETER UEBERSAX, *Schweizerisches Verfassungsrecht*, 3. A., Basel 2016, N 2998.

<sup>32</sup> HANSJÖRG SEILER, Richter als Parteivertreter, *Justice – Justiz – Giustizia* 2006, N 32 f.

<sup>33</sup> LORENZ LANGER, Die Akzeptanz ist zentral, *NZZ* vom 22.8.2018, 10.

<sup>34</sup> TSCHANNEN (FN 28), § 41 N 12.

<sup>35</sup> HANSJÖRG SEILER, Die Parlamente und die Wahl der Gerichte, *Parlament* 2005, 13 ff., 14.

<sup>36</sup> ADRIAN VATTER/MAYA ACKERMANN, Richterwahlen in der Schweiz: Eine empirische Analyse der Wahlen an das Bundesgericht von 1848 bis 2003, *ZSR* 2014 I, 517 ff., 528.

<sup>37</sup> KILLIAS (FN 26), 115.

Vertreterinnen am Bundesgericht. Diese Wirkungsweise des freiwilligen Parteienproporz basiert nicht auf rechtlichen Regelungen, sondern auf der etablierten Konsenskultur. Problematisch könnte das Wiederwählerfordernis inskünftig werden, wenn eine knappe politische Mehrheit jeweils für sechs Jahre alle Sitze für sich in Anspruch nähme. In ihrer gegenwärtigen Ausgestaltung und Handhabung fördert die Bestellung des Bundesgerichts jedoch die Akzeptanz der Rechtsprechung und damit dessen Unabhängigkeit gegenüber politischer Beeinflussung.<sup>38</sup>

Derzeit und mit Blick auf die Vergangenheit lässt sich eine Kausalität zwischen Parteibindung der Bundesrichterinnen und Beeinträchtigung der richterlichen Unabhängigkeit nicht belegen. Es fehlt in der Schweiz auf Bundesebene im Unterschied zu einer zunehmenden Zahl europäischer Staaten an Indizien für eine Aushöhlung der richterlichen Unabhängigkeit durch parteipolitische Beeinflussung. Auf der anderen Seite lässt sich die auf eine abstrakte Beurteilung gestützte Behauptung der Kausalität auch nicht widerlegen. Unter dieser besonderen Prämisse vermag die Problemanalyse des Initiativkomitees zu überzeugen. Die rechtspolitische Einschätzung des der Initiative zugrundeliegenden Problembefundes hängt somit massgeblich von der eingenommenen Perspektive und der jeweiligen Gewichtung des anzustrebenden Ziels ab. Wer auf die demokratische Legitimation des Bundesgerichts Wert legt und die konkreten Verhältnisse in der Schweiz im Auge hat, wird den Problembefund des Initiativkomitees nicht teilen. Wer hingegen die richterliche Unabhängigkeit am höchsten gewichtet und bereits aus einer abstrakten Gefahr hierfür Reformbedarf ableitet, wird den Zielsetzungen der Initiative positiv gegenüberstehen.

### III. Regelungen der Initiative

#### A. Grundsätzlich unbefristete Amtsdauer der Bundesrichterinnen

##### 1. Pensionierung fünf Jahre nach Erreichen des Rentenalters

Bisher beträgt die Amtsdauer für die Richterinnen und Richter des Bundesgerichts gemäss Art. 145 Satz 2 BV und Art. 9 Abs. 1 BGG sechs Jahre. Gemäss Art. 9 Abs. 2 BGG scheiden Richter und Richterinnen am Ende des Jahres aus ihrem Amt aus, in dem sie das 68. Altersjahr vollenden. Der mit der Initiative vorgeschlagene Art. 145

Satz 2 BV (neu) sieht vor, dass die Amtsdauer der Richterinnen und Richter des Bundesgerichts fünf Jahre nach Erreichen des ordentlichen Rentenalters endet. Die Amtsdauer wäre somit grundsätzlich unbefristet bis zur Vollendung des 70. Altersjahres. Die Regelung ist geeignet, im Sinne der Ziele der Initiative die Abhängigkeit von den politischen Parteien jedenfalls nach der erstmaligen Wahl zu verringern, da jegliches Drohpotenzial der Abwahl entfällt.

Auch in der Literatur wird als Lösung für das Problem der durch das Wiederwählerfordernis verursachten Bedrohung der Unabhängigkeit regelmässig die Ersetzung durch ein System mit fester Amtsdauer bis zum altersbedingten Rücktritt vorgeschlagen.<sup>39</sup> Die mit der Initiative vorgeschlagene Lösung greift somit einen konventionellen Vorschlag auf, der keine weiteren rechtlichen Probleme aufwirft. Aus rechtspolitischer Sicht wäre jedoch zugunsten einer abstrakt gestärkten richterlichen Unabhängigkeit eine Einbusse an demokratischer Legitimation hinzunehmen.

#### 2. Amtsenthebungsverfahren als Kompensation

Im Zusammenhang mit der Einführung der grundsätzlich unbefristeten Amtsdauer sieht die Initiative ein Amtsenthebungsverfahren vor. Gemäss Art. 145 Abs. 2 BV (neu) könnte die Vereinigte Bundesversammlung auf Antrag des Bundesrates mit einer Mehrheit der Stimmenden eine Richterin oder einen Richter des Bundesgerichts abberufen, wenn diese oder dieser entweder Amtspflichten schwer verletzt (lit. a) oder die Fähigkeit, das Amt auszuüben, auf Dauer verloren hat (lit. b).

Diese Regelung würde die richterliche Unabhängigkeit im Vergleich zur geltenden Rechtslage schwächen. Die Abberufung oder Absetzung von Bundesrichterinnen ist nämlich gegenwärtig vor Ablauf der sechsjährigen Amtsdauer nicht zulässig.<sup>40</sup> Die seinerzeit geplante Amtsenthebung eines Bundesrichters durch Bundesbeschluss wäre demnach verfassungswidrig gewesen. Als funktionaler Ersatz für die fehlende Disziplinargewalt der Bundesversammlung über die Richterinnen und Richter des Bundesgerichts wird die Notwendigkeit der alle sechs Jahre stattfindenden Wiederwahl angesehen.<sup>41</sup> Umgekehrt wird unter Verweis auf die Möglichkeit von Amtsenthebungsverfahren, welche zudem die Verwirklichung der Verfahrensgarantien erlauben, für die Entbehrlichkeit der

<sup>38</sup> LANGER (FN 33), 10.

<sup>39</sup> GASS (FN 11), AJP 2007, 279 f.

<sup>40</sup> BIAGGINI (FN 5), Art. 145 BV N 5.

<sup>41</sup> EHRENZELLER, in: SG-Komm. (FN 27), Art. 168 BV N 22.

Wiederwahl argumentiert.<sup>42</sup> Die Einbusse an richterlicher Unabhängigkeit während der laufenden Amtsperiode wird materiell-rechtlich dadurch aufgewogen, dass eine Abberufung nur in den genau bezeichneten Fällen der schweren Amtspflichtverletzung und der Amtsunfähigkeit zulässig wäre.

Letztlich handelt es sich bei der vorgeschlagenen Regelung um die folgerichtige funktionale Kompensation für den Wegfall des Erfordernisses der Wiederwahl. Ohne Abberufungsverfahren müsste eine schwere Amtspflichtverletzung durch eine Richterin unter Umständen während mehrerer Jahrzehnte bis zur Erreichung ihres Pensionsalters geduldet werden. Ausserdem kann das Abberufungsverfahren zielgenauer eingesetzt werden als die Nichtwiederwahl im Rahmen der alle sechs Jahre stattfindenden Gesamterneuerungswahl.

Legt man der vorgeschlagenen Regelung jedoch die abstrakte Optik des Initiativkomitees zugrunde, ist das Missbrauchspotenzial des Abberufungsverfahrens nicht zu unterschätzen. Einfache Mehrheiten in Bundesrat und Bundesversammlung genügen, um eine Richterin ihres Amtes zu entheben. Ob der Tatbestand der schweren Amtspflichtverletzung erfüllt ist, obliegt allein der Beurteilung von Bundesrat und Parlament. Die Abberufung eines Bundesrichters durch die Bundesversammlung wäre endgültig und könnte gemäss Art. 189 Abs. 4 Satz 1 BV nicht vor Gericht angefochten werden. Der abberufenen Person stünden keine Rechtsmittel offen.

Angesichts der gegenwärtigen politischen Verhältnisse wäre die Abberufung einer Bundesrichterin aus rein politischen Gründen zwar kaum vorstellbar. Bei abstrakter Betrachtung dürfte jedoch die jederzeitige Möglichkeit zur Abberufung durch das Parlament die richterliche Unabhängigkeit im Vergleich zur heutigen Rechtslage mit dem Wiederwählerfordernis alle sechs Jahre ohne Abberufungsmöglichkeit jedenfalls nicht wesentlich stärken. Die Abberufungsbefugnis könnte bei entsprechend aufgeheizter politischer Stimmung als Instrument der parlamentarischen Mehrheit zur Ausschaltung unliebsamer Richter dienen. Insofern verlässt sich die vom Initiativkomitee vorgeschlagene Lösung ganz auf eine konkrete Betrachtung der schweizerischen Verhältnisse und das dadurch gespeiste Vertrauen auf eine die politischen Minderheiten respektierende Machtausübung der parlamentarischen Mehrheit.

Die Initiative weist beim Abberufungsverfahren eine erhebliche konzeptionelle Unstimmigkeit auf. Wenn in der Parteipolitik eine Bedrohung für die richterliche Unabhängigkeit gesehen wird, dann darf das Abberufungs-

verfahren nicht in die Zuständigkeit der rein politisch agierenden und ausschliesslich von Parteipolitikerinnen dominierten Organe Bundesrat und Bundesversammlung gegeben werden. Das Abberufungsverfahren müsste bei konsequenter Vermeidung parteipolitischen Einflusses vielmehr einem unabhängigen Organ in Form eines Justizgerichtes, wie es in einigen Kantonen vorkommt, übertragen werden.

## B. Auswahl der Bundesrichterinnen im Losverfahren

### 1. Grundentscheidung: Losverfahren statt demokratischer Wahl

Bislang wählt die Bundesversammlung die Richterinnen und Richter des Bundesgerichts (Art. 168 Abs. 1 BV).<sup>43</sup> Bei Annahme der Initiative entfielen die Wahl durch die Bundesversammlung. Die Richterinnen und Richter des Bundesgerichts würden vielmehr gemäss Art. 188a Abs. 1 Satz 1 BV (neu) im Losverfahren bestimmt. Das Losverfahren wäre so auszugestalten, dass die Amtssprachen im Bundesgericht angemessen vertreten wären (Art. 188 Abs. 1 Satz 2 BV [neu]). Die Forderung nach der Einführung eines Losverfahrens stellt eine echte verfassungsrechtliche Innovation dar. Sie wurde bislang nicht einmal von Kritikern des bisherigen Systems gefordert. Diese schlugen meist konventionell die einmalige Wahl durch das Parlament vor.<sup>44</sup>

Das Losverfahren ist historisch nicht völlig unbekannt. Vereinzelt gelangt es auch heute zum Einsatz.<sup>45</sup> So entscheidet das Los, falls im Rahmen der Nationalratswahlen bei gleicher Parteistimmenzahl mehrere Parteien gleichen Anspruch auf einen Sitz haben und mehrere Kandidierende der verschiedenen relevanten Listen die gleiche Stimmenzahl aufweisen.<sup>46</sup> Auch wenn zwei Kandidierende auf einer Parteiliste die gleiche Stimmenzahl erhalten haben, bestimmt das Los die Reihenfolge.<sup>47</sup> Anhand dieser im Kanton Tessin anlässlich der Nationalratswahlen 2011 eingetretenen Konstellation stellte das Bundesgericht verschiedene verfahrensrechtliche Anforderungen an den Losentscheid.<sup>48</sup> Das Losverfahren dient dabei indes nur als letztes Notfallszenario einer ansonsten nach dem Mehrheitsprinzip ablaufenden Wahl.

<sup>43</sup> Siehe dazu bereits oben II.A.1.

<sup>44</sup> GASS (FN 11), AJP 2007, 608; WÜTHRICH (FN 10), N 137.

<sup>45</sup> Vgl. Art. 20 BPR.

<sup>46</sup> Art. 41 Abs. 1 lit. f BPR.

<sup>47</sup> Art. 43 Abs. 3 BPR.

<sup>48</sup> Vgl. BGE 138 II 13.

<sup>42</sup> MAHON/SCHALLER (FN 13), N 60 f.

Das Initiativkomitee möchte demgegenüber in Bezug auf das Bundesgericht das nach dem Mehrheitsprinzip stattfindende Wahlverfahren vollständig durch ein Losverfahren ersetzen. Es verweist für die angebliche demokratische Qualität des Losverfahrens im Gegensatz zur gegenwärtigen Wahl durch die Bundesversammlung auf das Athen der Antike und Montesquieu. Das Losverfahren soll dazu dienen, das ungeschriebene Erfordernis der Parteizugehörigkeit bei der erstmaligen Wahl zu beseitigen.

Es muss im Rahmen einer verfassungsrechtlichen Beurteilung nicht weiter vertieft werden, inwieweit hierdurch eine Diskrepanz mit dem bei der Wahl der übrigen Behörden des Bundes wie Nationalrat, Ständerat und Bundesrat sowie der kantonalen Behörden zur Anwendung gelangenden demokratischen Prinzip erzeugt würde und dass es sich beim Losverfahren per definitionem entgegen der Argumentation des Initiativkomitees um kein demokratisches Verfahren handelt. Der Bundesverfassung liegt kein umfassendes Demokratieprinzip zugrunde, das jede Durchbrechung verbieten würde. Durch Teilrevision der Bundesverfassung darf auch im Wege der Volksinitiative ein nicht demokratisches Wahlverfahren wie das Losverfahren eingeführt werden, solange dieses die zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts nicht verletzt (Art. 194 Abs. 2 BV). Aus diesem Grund begegnet die Justiz-Initiative auch keinen Bedenken hinsichtlich ihrer Gültigkeit (vgl. Art. 139 Abs. 3 BV).

Als Knacknuss dürfte sich die Berücksichtigung der Amtssprachen erweisen, ist es doch für ein Losverfahren gerade untypisch, dass inhaltliche Kriterien Berücksichtigung finden. Technisch liesse sich dies letztlich nur mit Sprachquoten regeln, für die isolierte Losverfahren vorgesehen werden. Für italienisch- und erst recht rätoromanischsprachige Richterinnen dürfte es sich schon deshalb und erst recht wegen der (wohl) zusätzlich zu beachtenden Kriterien<sup>49</sup> kaum noch um eine Auslosung grösseren Umfangs handeln.

## 2. Vorgaben für die Zulassung zum Losverfahren

In Art. 188a Abs. 2 BV (neu) wird die Zulassung zum Losverfahren genauer konturiert. Die Zulassung zum Losverfahren richtet sich danach ausschliesslich nach objektiven Kriterien der fachlichen und persönlichen Eignung für das Amt als Richterinnen oder Richter des Bundesgerichts. Nach Ansicht des Initiativkomitees werden dadurch insbesondere eine umfassende juristische Ausbildung und mehrjährige Berufserfahrung sowie ein einwandfreier

Leumund und Vertrauenswürdigkeit vorausgesetzt, damit eine Person überhaupt am Losverfahren teilnehmen kann. Die Vorschrift statuiert aber darüber hinaus kein Verbot der Parteimitgliedschaft, die politischen Ansichten und die Zugehörigkeit zu einer politischen Partei dürften lediglich keine Qualifikationsvoraussetzung für das Amt einer Bundesrichterin oder eines Bundesrichters sein, und es dürfte niemand von diesem Amt ausgeschlossen werden, weil er oder sie nicht Mitglied einer Partei ist.

Die Vorschrift verböte zunächst die Übertragung der bislang von der Bundesversammlung geübten Praxis auf das Losverfahren, lediglich Parteimitglieder als Bundesrichterinnen zu wählen.<sup>50</sup> Das Losverfahren müsste zwingend auch für Personen ohne Parteizugehörigkeit geöffnet werden, denn eine an objektiven Kriterien der fachlichen und persönlichen Eignung für das Amt als Richterinnen oder Richter des Bundesgerichts ausgerichtete Zulassungsentscheidung dürfte nicht massgeblich auf das Kriterium der Mitgliedschaft bei einer (nach Verteilungsschlüssel bestimmten) Partei abstellen. Die in der jeweiligen Konstellation aus weltanschaulichen Gründen erwünschte Parteimitgliedschaft könnte jedoch nach wie vor durchaus als ein Kriterium persönlicher Eignung zugrunde gelegt werden. So könnte es legitim sein, eine mehrheitlich mit Richtern aus dem linken politischen Spektrum besetzte Abteilung des Bundesgerichts mit Kandidatinnen aus dem bürgerlichen Parteienspektrum zu ergänzen.

Abgesehen von der Relativierung der Zugehörigkeit zu einer bestimmten Partei würde die neue Vorschrift kaum Änderungen in der Bestellungspraxis bewirken. So werden die Bundesrichterinnen bereits derzeit aufgrund der objektiven Kriterien der fachlichen und persönlichen Eignung ausgewählt. Zwar sind alle Stimmberechtigten in das Bundesgericht wählbar (Art. 143 BV) und für die Wahl ins Bundesgericht dürfte das Erfordernis einer abgeschlossenen juristischen Ausbildung formell nicht verlangt werden,<sup>51</sup> in der Praxis wählt die Bundesversammlung indes ausschliesslich Juristinnen und Juristen.<sup>52</sup> Der Initiativtext entspricht demnach insoweit der vielfach geteilten Forderung, wonach der fachlichen Eignung im Verhältnis zur Parteizugehörigkeit erhöhte Bedeutung beizumessen sei.<sup>53</sup> Die Eignungskriterien sind bei isolierter Betrachtung alles andere als revolutionär, ihre Brisanz erfahren sie erst aus der Kombination mit der Änderung

<sup>50</sup> Siehe dazu oben II.A.1.

<sup>51</sup> BIAGGINI (FN 5), Art. 143 BV N 7.

<sup>52</sup> HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (FN 15), N 1707; BSK BGG-KIENER (FN 9), Art. 5 N 23.

<sup>53</sup> EHRENZELLER, in: SG-Komm. (FN 27), Art. 168 BV N 15.

<sup>49</sup> Siehe unten III.B.3.b.



der Entscheidungszuständigkeit<sup>54</sup> und mit der Einführung des Losverfahrens.<sup>55</sup>

### 3. Zulassungsentscheidung durch Fachkommission

#### a. Personelle Zusammensetzung der Kommission

Gemäss Art. 188a Abs. 3 Satz 1 BV (neu) entschiede neu eine Fachkommission über die Zulassung zum Losverfahren. Die Mitglieder der Fachkommission würden vom Bundesrat für eine einmalige Amtsdauer von zwölf Jahren gewählt (Satz 2). Sie wären in ihrer Tätigkeit von Behörden und politischen Organisationen unabhängig (Satz 3). Ungeachtet dieser partiellen Vorgaben ist die Fachkommission die grösste Unbekannte im Rahmen der Justiz-Initiative und damit der entscheidende Faktor für die Reichweite der vorgeschlagenen Reform in der Praxis. Völlig offengelassen wird im Initiativtext beispielsweise, aus wie vielen Mitgliedern die Fachkommission bestünde und ob ihr nur schweizerische Staatsangehörige angehören dürften.<sup>56</sup> Auch fehlt es an der Nennung fachlicher Kriterien, die zur Mitgliedschaft in der Fachkommission befähigen. Das Parlament besässe demnach einen erheblichen Umsetzungsspielraum bei der Ausgestaltung. Mangels ausdrücklichen Gesetzgebungsauftrags könnte es diese jedoch auch dem Bundesrat überlassen.

Anhaltspunkte für eine Prognose könnte das geltende Recht liefern. Danach wählt die Bundesversammlung die Mitglieder des Bundesgerichts nicht ohne jede Vorbereitung und Gewichtung der Kandidaturen. So ist die Gerichtskommission der Eidgenössischen Räte, bestehend aus zwölf Mitgliedern des Nationalrates und aus fünf Mitgliedern des Ständerates,<sup>57</sup> für die Vorbereitung der Wahl der Bundesrichter zuständig.<sup>58</sup> Offene Richterstellen müssen ausgeschrieben werden.<sup>59</sup> Ausserdem unterbreitet die Gerichtskommission der Bundesversammlung Wahlvorschläge.<sup>60</sup>

Es stellt sich zunächst die Frage, ob die Gerichtskommission nicht weiterhin als Fachkommission im Sinne der Vorschrift fungieren könnte. Das Wahlerfordernis durch den Bundesrat schliesse dies nicht a priori aus. Aus der

Formulierung, dass die Fachkommission in ihrer Tätigkeit von Behörden und politischen Organisationen unabhängig sein soll, ist aber wohl abzuleiten, dass sie nicht komplett aus Mitgliedern der Eidgenössischen Räte bestehen dürfte. Ob insoweit eine absolute Unvereinbarkeit anzunehmen wäre, ist anhand des Wortlautes nicht klar.

Das Initiativkomitee scheint indes eine Kommission ohne Beteiligung der Legislative vorzusehen, wenn es verlangt, die unabhängige Fachkommission könnte beispielsweise aus erfahrenen und unabhängigen Juristinnen und Juristen aus Lehre (Professorinnen und Professoren), Gerichtsbarkeit (Richterinnen und Richter) und Praxis (Anwältinnen und Anwälte) zusammengesetzt sein. Dies entspricht rechtspolitischen Forderungen im Schrifttum, wonach ein unabhängiges Fachgremium das Bewerbungsverfahren durchführen, die Richterkandidaturen prüfen und unabhängig von der Parteizugehörigkeit die geeignetsten und besten Kandidierenden finden solle.<sup>61</sup>

Der Vorschlag des Initiativkomitees, wonach Richterinnen und Richter Mitglied der Fachkommission sein sollten, widerspricht indes der im Initiativtext ausdrücklich enthaltenen Massgabe der Unabhängigkeit von Behörden. Dies gilt zunächst für amtierende Bundesrichter. Das Bundesgericht fällt nämlich unter den Behördenbegriff. Gemäss Art. 188 Abs. 1 BV ist das Bundesgericht die oberste rechtsprechende Behörde des Bundes. Das Parlament müsste im Gesetz zwingend die Unvereinbarkeit vorschreiben. In Frage kämen daher wohl nur Richterinnen kantonaler Gerichte, die aber ebenfalls unter den unspezifischen Begriff der «Behörde» fallen – es ist nicht von «Bundesbehörden» die Rede – und zudem in aller Regel Parteimitglieder und dadurch wohl nicht unabhängig von «politischen Organisationen» im Sinne von Satz 3 sind. Richterinnen und Richter wären daher entgegen den Vorstellungen des Initiativkomitees durch den Wortlaut der Initiative von der Kommissionsmitgliedschaft ausgeschlossen.

Auch der Begriff der «politischen Organisationen» ist in hohem Masse unklar. Er dürfte aber jedenfalls mehr umfassen als nur die politischen Parteien (vgl. Art. 137 BV), sonst hätte dieser Begriff verwendet werden müssen. Darunter dürften also auch Wirtschaftsverbände, Gewerkschaften, Berufsorganisationen sowie ideelle Vereinigungen fallen. Sämtliche für Verbände tätigen Juristinnen und Juristen dürften damit ebenfalls von der Kommissionsmitgliedschaft ausgeschlossen sein. Möglicherweise genügt als Ausschlussgrund schon die blossere Vereinsmitgliedschaft. Letztlich unterfiele bei wortlautgetreuer Umsetzung wohl nur ein sehr kleiner Personenkreis

<sup>54</sup> Dazu unten III.B.3.

<sup>55</sup> Dazu oben III.B.1.

<sup>56</sup> Vgl. zu den Vorgaben für ausserparlamentarische Kommissionen zur Beratung des Bundesrats und der Bundesverwaltung Art. 57a ff. RVOG.

<sup>57</sup> Art. 39a Abs. 4 ParlG.

<sup>58</sup> Art. 40a Abs. 1 lit. a ParlG.

<sup>59</sup> Art. 40a Abs. 2 Satz 1 ParlG.

<sup>60</sup> Art. 40a Abs. 3 ParlG.

<sup>61</sup> GASS (FN 11), AJP 2007, 608; WÜTHRICH (FN 10), N 150, 155.

aus möglichst schwach vernetzten Professorinnen und Rechtsanwälten den Unvereinbarkeitsregelungen nicht. In einem nach wie vor in erheblichem Mass vom Milizprinzip geprägten gesellschaftlichen Umfeld dürfte dies nicht unerhebliche praktische Probleme verursachen.

Das Parlament könnte nicht zuletzt deshalb geneigt sein, eine sehr grosszügige Umsetzung vorzunehmen oder die Konkretisierung der Auswahlkriterien für die Kommissionsmitglieder dem Bundesrat zu überlassen. Alle Erfahrungen mit der Bestellung von Kommissionen durch den Bundesrat sprechen dafür, dass parteipolitische Überlegungen bei der Besetzung der Fachkommission eine massgebliche Rolle spielen würden.<sup>62</sup> Es wäre in jedem Fall zu erwarten, dass die Bestellung der Fachkommission zu einem echten Politikum würde. Wie transparent Verfahren und materielle Auswahl ausgestaltet würden, bliebe Parlament und Bundesrat überlassen.

#### b. Befugnisse der Fachkommission

Dass die Fachkommission der Dreh- und Angelpunkt der Justiz-Initiative ist, wird dadurch bestätigt, dass sie das anschliessende Losverfahren in der praktischen Handhabung entscheidend vorprägen und damit über weitreichende Machtbefugnisse verfügen würde. Das anschliessende Losverfahren vermag die Macht der Fachkommission kaum zu begrenzen. Abgesehen von der Pflicht zur Berücksichtigung der Amtssprachen enthält Art. 188a BV (neu) nämlich keine weiteren Vorgaben zur Durchführung des Losverfahrens. So ist insbesondere nicht vorgegeben, in welchem Verhältnis die Anzahl der Kandidierenden zur Anzahl der zu vergebenen Richtersitze stehen muss. Es wäre mit dem Wortlaut allenfalls gar vereinbar, ein «stilles» Losverfahren durchzuführen, bei dem nur so viele Kandidierende in den Topf kommen, wie es Sitze zu verteilen gibt. Jedenfalls spricht sehr vieles dafür, dass die Fachkommission im Einklang mit dem Ziel der Auswahl nach fachlicher und persönlicher Eignung jeweils nur wenig mehr geeignete Kandidierende identifiziert, als Sitze zu vergeben sind. Nur selten dürften mehrere unter fachlichen und persönlichen Gesichtspunkte genau gleich geeignete Kandidierende zur Verfügung stehen. Für eine möglichst einengende Vorauswahl durch die Fachkommission sprechen ausserdem die Verfahrensökonomie, machtpolitische Erwägungen und auch – gerade bei den Minderheitensprachen – die reale Bewerbungslage.

Ungeachtet möglicher Varianten bei der Umsetzung lässt sich bereits heute – wie schon beim Amtsenthebungsverfahren – eine erhebliche konzeptionelle Unstimmigkeit feststellen. Die Bestellung der Bundesrich-

terinnen würde weitgehend an eine von der Exekutive nominierte Expertenkommission delegiert. Bei realistischer Betrachtung ist zwar davon auszugehen, dass das schweizerische Konkordanzsystem letztlich eine politisch ausgewogene Lösung hervorbrächte, die abstrakte Gefahr für die richterliche Unabhängigkeit durch eine von der Exekutive eingesetzte Kommission ist aber kaum bestreitbar. Dies gilt umso mehr, als Rechtsmittel gegen die Entscheidungen der Fachkommission nicht vorgesehen sind. Die Grundrechtsbindung der staatliche Aufgaben wahrnehmenden Fachkommission gemäss Art. 35 Abs. 1 BV liefe faktisch leer. Selbst in Fällen von Machtmissbrauch wäre innerhalb der zwölfjährigen Amtsdauer eine Absetzung nicht möglich.

#### C. Übergangsbestimmung

Ordentliche Richterinnen und Richter des Bundesgerichts, die bei Inkrafttreten der Art. 145, 168 Absatz 1 und 188a BV (neu) im Amt sind, können gemäss der mit der Initiative vorgeschlagenen Übergangsbestimmung noch bis zum Ende des Jahres, in dem sie das 68. Altersjahr vollenden, im Amt bleiben. Diese Vorschrift ist wohl so zu verstehen, dass alle im Zeitpunkt der Annahme der Initiative amtierenden Bundesrichterinnen ohne Wahl oder Durchlaufen des Losverfahrens bis zum 68. Lebensjahr im Amt bleiben. Ein nicht unerheblicher Teil der bisherigen Bundesrichter würde gleichsam automatisch für die nächsten 15, 20 oder 25 Jahre im Amt bleiben. Unklar ist, ob das Amtsenthebungsverfahren auf diese Richterinnen angewandt werden könnte. Jedenfalls würden während mehrerer Jahrzehnte zwei Klassen von Bundesrichtern koexistieren, eigentlich für sechs Jahre, nun aber bis zum 68. Lebensjahr gewählte Mitglieder einerseits und eine nach und nach wachsende Zahl ausgeloster Mitglieder andererseits. Es wäre anzunehmen, dass die beiden Arten von Richterinnen aufgrund ihrer Professionalität eine pragmatische Zusammenarbeit pflegen würden, ein gewisses Konfliktpotenzial ist aber nicht völlig auszuschliessen.

### IV. Verfassungspolitische Würdigung

#### A. Das Losverfahren als Feigenblatt

Das Losverfahren als echte rechtspolitische Innovation verschafft der Justiz-Initiative grosse Aufmerksamkeit. Je nach Bedeutung, die dem Losverfahren bei der praktischen Umsetzung der Initiative zukäme, erweist sich dieses indes entweder als Fremdkörper oder als Feigenblatt. Würde dem Losverfahren ernsthaft eine grosse Bedeutung bei der Bestimmung der Bundesrichterinnen

<sup>62</sup> LANGER (FN 33), 10.

zukommen, wäre es ein absoluter Fremdkörper in der ansonsten im Grundsatz technokratisch-elitär ausgerichteten Initiative. Das rein auf dem Zufallsprinzip basierende Losverfahren steht in einem unüberwindbaren Grundwiderspruch zur Zielsetzung der Initiative, die ungeachtet ihrer Parteizugehörigkeit fachlich und persönlich am besten qualifizierten Kandidierenden als Bundesrichterinnen auszuwählen. Das Losverfahren würde unweigerlich dazu führen, dass – wenn auch nur innerhalb einer fachlich definierten Bandbreite – schlechter qualifizierte Kandidierende zulasten besser qualifizierter Kandidierender in das Richteramt gelangen.

Dem vom Initiativkomitee propagierten Primat der fachlichen und persönlichen Eignung könnte nur durch eine Marginalisierung des Losverfahrens zum Durchbruch verholfen werden. Das Initiativkomitee möchte denn auch die Chancen für politisch ungebundene Juristinnen erhöhen. Nach dieser Sichtweise würde es sich beim Losverfahren nur um ein Feigenblatt handeln, um das eigentliche Ziel zu verdecken, nämlich die Ersetzung der demokratischen Richterwahl durch eine expertokratisch legitimierte Richterernennung durch die Exekutive. Die Initiative wäre unter dieser Hypothese lediglich ein weiteres «Symptom einer zunehmenden Demokratiefeindlichkeit in einer gewissen elitären Öffentlichkeit».<sup>63</sup>

## B. Einschränkung der richterlichen Unabhängigkeit

Sollte der Erfolg der Initiative in der Volksabstimmung aus der Hoffnung der Stimmberechtigten auf eine durch ein Expertengremium vorgenommene, sachrichtige Richterauswahl resultieren, enthält der Initiativtext zwei Bruchstellen, die den durch die Verlängerung der Amtszeit der Bundesrichterinnen und die an fachlicher und persönlicher Eignung orientierte Auswahl erzielten Gewinn an richterlicher Unabhängigkeit unmittelbar wieder in Frage stellen. Zum einen soll dem Parlament die Befugnis zur Abberufung der Bundesrichter verliehen werden. Zum anderen soll die Fachkommission ausschliesslich durch die Regierung bestellt werden. Rechtsmittel sind jeweils nicht vorgesehen, der expertokratische Ansatz wird also nicht konsequent zu Ende geführt, sondern durch Ermächtigungen an Parlament und Regierung erheblich verfremdet. Nur die spezifisch schweizerische Konsenskultur stünde der dadurch eröffneten Gefahr autokratischen Missbrauchs dieser Befugnisse zulasten der Gerichtsbarkeit wirksam entgegen.

## C. Folgewirkungen auf die gesamte Gerichtsbarkeit

Die auf die Bestellung des Bundesgerichts beschränkte Initiative zöge eine weitere systematische Unstimmigkeit im Verfassungsgefüge nach sich, auf die abschliessend kurz hingewiesen wird. Art. 168 Abs. 2 BV soll unverändert bestehen bleiben. Danach kann die Bundesversammlung durch Gesetz dazu ermächtigt werden, weitere Wahlen vorzunehmen oder zu bestätigen. Dies ist derzeit beispielsweise bei den Richterinnen des Bundesverwaltungsgerichts,<sup>64</sup> des Bundespatentgerichts<sup>65</sup> und des Bundesstrafgerichts<sup>66</sup> der Fall. Da sich die Richter am Bundesgericht traditionell auch aus dem Bundesverwaltungsgericht rekrutieren, wären zahlreiche Kandidierende mit Praxiserfahrung kompromittiert.<sup>67</sup> Vermutlich müsste daher auch das Bestellungsverfahren für die weiteren richterlichen Behörden des Bundes (vgl. Art. 191a BV) angepasst werden.

## D. Institutionelle Kritik am Bundesgericht

Bei aller hier geäusserten Kritik an der Konzeption und den konkreten Formulierungen kommt der Justiz-Initiative das grosse staatspolitische Verdienst zu, eine breite Diskussion über das Spannungsverhältnis zwischen demokratischer Legitimation und Unabhängigkeit der Justiz auszulösen. Die Initiative verfolgt keine wirtschafts- oder sozialpolitischen Partikularinteressen, sondern setzt an den Grundlagen der Staatsorganisation an, ähnlich wie die Volksinitiativen für die Proporzwahl des Nationalrates oder die Volkswahl des Bundesrates.

Das Initiativkomitee übt Kritik an der Institution Bundesgericht als solcher, indem es ihm die nötige Unabhängigkeit abspricht. Dies sollte Bundesrat und Parlament in der Auseinandersetzung mit der Justiz-Initiative, aber auch das Bundesgericht selbst dazu veranlassen, fragwürdige Phänomene zu überdenken und den republikanischen Wert einer demokratisch gewählten Gerichtsbarkeit (wieder stärker) ins Bewusstsein zu rufen. Schliesslich hilft die Justiz-Initiative zu verstehen, dass die verfassungsrechtlichen Regelungen allein nicht ausreichen, um unabhängige Gerichte zu garantieren, sondern dass es hierzu unabhängig vom Bestellungsmodus auch der realpolitischen Rahmenbedingungen wie eines lebendigen Wettbewerbs zwischen den Parteien und der Beobachtung durch eine kritische Öffentlichkeit bedarf.

<sup>63</sup> KILLIAS (FN 26), 119.

<sup>64</sup> Art. 5 Abs. 1 VGG.

<sup>65</sup> Art. 9 Abs. 1 PatGG.

<sup>66</sup> Art. 42 Abs. 1 StBOG.

<sup>67</sup> LANGER (FN 33), 10.